

# DER BETRIEB

## Fachtagung Unternehmenssanierung

### **Sanierungsberater zwischen Haftungsrisiko und Honoraranfechtung** (update nach Reform der Insolvenzanfechtung)

Prof. Dr. Florian Jacoby  
Düsseldorf, 17. Februar 2017

---

- Feststellung von Insolvenzeröffnungsgründen  
(IDW S 11, Stand: 29.01.2015)
- Bescheinigung nach § 270b InsO  
(IDW S 9, Stand: 18.08.2014)
- Erstellung von Sanierungskonzepten  
(IDW S 6, Stand: 20.08.2012)

- I. Anforderungen an Sanierungsgutachten
  1. Anforderungen des BGH (12.5.2016 – IX ZR 65/14)
  2. IDW S6 im Vergleich
  3. Abgrenzung zu IDW S 9/IDW S 11
- II. Haftungsrisiken aus dem Beratungsmandats
  1. Pflichtenumfang und Anspruchsgrundlagen
  2. Ansprüche des Auftraggebers/Schuldners
  3. Ansprüche Dritter (Geschäftsführer/Gläubiger)
- III. Anfechtbarkeit des Beraterhonorars
  1. Ausschlussstatbestand Bargeschäft
  2. Vorsatzanfechtung

[15] Ein schlüssiges Sanierungskonzept,

- das von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht,
- das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt ist und
- das die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigte [Abgrenzung zur bloßen Hoffnung].

[16] Schlüssigkeit verlangt

- weder Einbeziehung aller Gläubiger
- noch Gleichbehandlung aller Gläubiger.

[18] Sowohl für die Frage der Erkennbarkeit der Ausgangslage als auch für die Prognose der Durchführbarkeit ist auf die Beurteilung eines unvoreingenommenen branchenkundigen Fachmanns abzustellen, dem die vorgeschriebenen oder üblichen Buchhaltungsunterlagen zeitnah vorliegen.

- Erforderlich ist
  - eine Analyse der **Verluste** und der Möglichkeit deren künftiger Vermeidung,
  - eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der **Rentabilität des Unternehmens** in der Zukunft und
  - Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung der (drohenden) **Insolvenzreife**.
- Bei einem **Sanierungsvergleich** muss zumindest festgestellt werden
  - die Art und Höhe der Verbindlichkeiten,
  - die Art und Zahl der Gläubiger und
  - die zur Sanierung erforderlichen Quote des Erlasses der Forderungen.
  - Da eine Zustimmung aller Gläubiger regelmäßig nicht zu erreichen ist, muss eine Zustimmungsquote nach Schuldenstand festgelegt werden, gegebenenfalls für unterschiedliche Arten von Gläubigergruppen, sowie die Behandlung nicht verzichtender Gläubiger.
- Gegebenenfalls ist „**fresh money**“ erforderlich, dann sind
  - Art und Höhe einzuwerbenden frischen Kapitals darzustellen sowie
  - die Chance, dieses tatsächlich zu gewinnen.

# Positive Fortführungsprognose?

- BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14 Rn. 34:  
Der Gläubiger kann nur dann von einem schlüssigen Sanierungskonzept des Schuldners ausgehen, wenn er in Grundzügen über die wesentlichen Grundlagen des Konzeptes informiert ist; dazu gehören die Ursachen der Insolvenz, die Maßnahmen zu deren Beseitigung und eine positive Fortführungsprognose.
- Formulierung „Fortführungsprognose ist nicht technisch iSv § 19 Abs. 2 InsO zu verstehen, sondern als Fortführungsperspektive
  - weil Sanierungskonzept nach Rn. 15 (nur) die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg aus Schuldnersicht rechtfertigen muss und
  - Rn. 34 die geringeren Anforderungen an die Gläubigersicht beschreibt.

1. Beschreibung von Auftragsgegenstand und -umfang.
2. Basisinformationen über die wirtschaftliche und rechtliche Ausgangslage einschließlich Vermögens-, Finanz- und Ertragslage.
3. Analyse von Krisenstadium und -ursachen (einschl. Insolvenzgefährdung).
4. Leitbild mit dem Geschäftsmodell des sanierten Unternehmens.
5. Maßnahmen zur Krisenbewältigung und Abwendung der Insolvenzgefahr.
6. Integrierte Sanierungsplanung.

BGH v.12.5.2016 Rn. 19: Ein Sanierungsplan, der zu einer Verneinung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Insolvenzschuldners führt, muss dagegen nicht bestimmten **formalen** Erfordernissen entsprechen.

Der Schuldner hat mit Antrag Bescheinigung vorzulegen:

- die mit Gründen versehen ist,
- die von einem in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation stammt,
- aus der sich ergibt,
  - dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung,
  - aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und
  - die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

- Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO
  - Illiquidität
  - Abgrenzung zur Zahlungsstockung (BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04)
- Überschuldung, § 19 InsO
  - Negative Fortführungsprognose
  - Negatives Reinvermögen (Liquidationswerte)
- [Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO]
  - Prognostizierte Illiquidität
  - Aktuelle Liquidität

# Zwischenergebnis

1. Die vom BGH an ein Sanierungskonzept gestellten Anforderungen stimmen inhaltlich (was die zu berücksichtigenden Fragestellungen betrifft) mit den Anforderungen an ein Gutachten nach IDW S 6 überein, die Einhaltung der formellen Anforderungen dieses Standards verlangt der BGH aber nicht.
2. Die in den IDW-Standards vertypen Aufgaben eines Beraters stehen in einem Stufenverhältnis zueinander:
  - Eröffnungsgründe (IDW S 11),
  - Eröffnungsgründe plus keine Aussichtslosigkeit einer Sanierung (IDW S 9),
  - Schlüssiges Sanierungskonzept mit Aussicht auf Erfolg (IDW S 6)

1. Pflichtenumfang und Anspruchsgrundlagen
2. Ansprüche des Auftraggebers/Schuldners
3. Ansprüche Dritter (Geschäftsführer/Gläubiger)

# 1. Pflichtenumfang und Anspruchsgrundlagen

## a) Pflichtenumfang

- Stufen der Pflichten
  - Allgemeines Beratungsmandat
  - Feststellung der Eröffnungsgründe (IDW S 11)
  - Bescheinigung nach § 270b InsO (IDW S 9)
  - Sanierungskonzept (IDW S 6)
- Falsche Auskünfte

## b) Anspruchsgrundlagen zum Ersatz von Vermögensschäden

- Fahrlässige Pflichtverletzungen
  - Auftraggeber: § 280 Abs. 1 BGB (ggf. iVm § 634 BGB)
  - Dritter
    - Expertenhaftung / Vertrag mit Schutzwirkung, § 328 BGB entspr.
    - Konkreter Dritter in Schutz einbezogen (zB Geschäftsführer, Gläubiger)
- Vorsatz: § 826 BGB

- BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12: Das **steuerberatende Dauermandat** von einer GmbH begründet bei üblichem Zuschnitt keine Pflicht, die Mandantin bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz auf die Pflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, eine Überprüfung in Auftrag zu geben oder selbst vorzunehmen, ob Insolvenzreife besteht.
- BGH v. 26.10.2000 – IX ZR 289/99: Erhält ein Rechtsanwalt vom Vorstand einer erkennbar dauernd zahlungsunfähigen oder überschuldeten Genossenschaft den Auftrag, mit den Gläubigern **einen außergerichtlichen Vergleich anzustreben**, hat er die Vorstandsmitglieder über die Pflicht, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, sowie das Verbot, Zahlungen zu leisten, zu belehren.

- BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12: **Erklärt** der vertraglich lediglich mit der Erstellung der Steuerbilanz betraute Steuerberater, dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht vorliege, haftet er der Gesellschaft wegen der Folgen der dadurch bedingten verspäteten Insolvenzantragstellung.
- BGH v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13: Tritt der Steuerberater bei einem rein steuerrechtlichen Mandat in konkrete **Erörterungen über eine etwaige Insolvenzreife** der von ihm beratenen Gesellschaft ein, ohne die Frage nach dem Insolvenzgrund zu beantworten, hat er das Vertretungsorgan darauf hinzuweisen, dass eine verbindliche Klärung nur erreicht werden kann, indem ihm oder einem fachlich geeigneten Dritten ein entsprechender Prüfauftrag erteilt wird.

## 2. Anspruch des Auftraggebers/Schuldners

BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12

- Der durch eine verspätete Insolvenzantragstellung verursachte Schaden der Gesellschaft bemisst sich nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags (sog. **Quotenschaden**).
- Wird der Insolvenzantrag einer GmbH infolge einer fehlerhaften Abschlussprüfung verspätet gestellt, trifft die Gesellschaft mit Rücksicht auf ihre Selbstprüfungspflicht in der Regel ein **Mitverschulden** an dem dadurch bedingten Insolvenzverschleppungsschaden.

# Abgrenzung Gesellschafts- von Gläubigerschaden

BGH v. 20.9.2010 – II ZR 78/09 „Doberlug“

- Nach § 64 S. 1 GmbHG oder § 92 Abs. 2 AktG verbotswidrige Zahlungen dienen in der Regel der Erfüllung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft und führen nur zur **Verkürzung der Bilanzsumme** der Gesellschaft, nicht aber zu einem Vermögensschaden der Gesellschaft.
- Verringert wird nur die Insolvenzmasse in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren, was zu einem **Schaden allein der Insolvenzgläubiger** führt.

# 3. Ansprüche Dritter

- Anforderungen an Vertrag mit Schutzwirkung (erg. Vertragsauslegung)
  - (1) Leistungsnähe
  - (2) Schutzinteresse
  - (3) Erkennbarkeit
  - (4) Schutzbedürftigkeit
- Fallgruppen
  - Feststellung der Insolvenzgründe
    - Geschäftsführer: BGH (+).
    - Gläubiger: Vertrauensdisposition von Neugläubigern.
  - Bescheinigung nach § 270b InsO
    - Geschäftsführer: Vertrauensdisposition mangels Pflichtenreduzierung fraglich.
    - Gläubiger: bei Vertrauensdisposition denkbar.
  - Sanierungskonzept
    - Geschäftsführer: Vertrauensdisposition?
    - Gläubiger: bei Vertrauensdisposition denkbar.

- BGH v. 13.10.2011 – IX ZR 193/10: Der **Geschäftsführer** kann als Dritter in den Schutzbereich eines Umsatzsteuermandates einbezogen sein, welches die GmbH erteilt hat. Nach Maßgabe der allgemeinen Voraussetzungen können die steuerlichen Berater der GmbH deshalb verpflichtet sein, deren Geschäftsführern ihren Schaden aus einer steuerlichen Inhaftungnahme zu ersetzen.
- BGH v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297: Der **Gesellschafter und der Geschäftsführer** können in den Schutzbereich eines zwischen einer GmbH und einem Steuerberater geschlossenen Vertrages einbezogen sein, welcher die Prüfung einer möglichen Insolvenzreife der GmbH zum Gegenstand hat.

# Gläubiger/Mitverschulden

- BGH v. 20.6.2013 – IX ZR 61/10: Im Rahmen der Haftung eines Steuerberaters gegenüber der **kreditgebenden Hausbank** des Mandanten aus dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wegen fehlerhafter Abschlussprüfung und Testierung der Bilanz des Mandanten ist ein **Mitverschulden des Mandanten** gegenüber der Bank nicht entlastend zu berücksichtigen; die entsprechende Anwendung von § 334 BGB kann konkludent abbedungen werden. Die Anrechnung eines Mitverschuldens des Mandanten kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Steuerberater der kreditgebenden Bank bereits auf Grund eines eigenen Vertrauensverhältnisses haftet, so dass die Grundsätze der Mithaftung im Auskunftsverhältnis zur Anwendung kommen.

## Problematik:

- Berater sind Insider: Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit
  - Berater sind typischerweise Empfänger von Leistungen (Honorarzahlungen) zu insolvenznaher Zeit
1. Ausschlussstatbestand Bargeschäft
  2. Vorsatzanfechtung

# 1. Bargeschäft

- Dienstleistungen von Anwälten und Steuerberatern können Bargeschäfte sein (ständige Rechtsprechung seit BGHZ 28, 344).
- Voraussetzungen:
  - Leistung des Schuldners
  - Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung
  - Unmittelbarkeit („30 Tage“)
  - Gleichwertigkeit der Leistungen

## a) Leistung und Gegenleistung

Leistung des Schuldner und Gegenleistung des Beraters:

- Schuldner selbst muss Leistung erbringen (sonst ggf. Schenkungsanfechtung).
- Gegenleistung muss in das Vermögen des Schuldners gelangen (also z.B. keine Beratung von Geschäftsführern auf Kosten der GmbH).
- Versprechen, eine Leistung zu erbringen, stellt keine Gegenleistung dar.

## b) Verknüpfung

Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung:

- Verknüpfung durch Parteivereinbarung, Gegenleistung ist für Leistung erbracht worden,
- Ausreichend sind langfristige Vertragsbeziehungen (Dauermandate), aber Leistung muss zeitlich oder gegenständlich teilbar sein.
- in der Regel (-) bei inkongruenter Deckung, z.B.:
  - keine Vorschussregelung vereinbart oder Zahlung bzw. Vorschusszahlung noch nicht fällig.
  - kein Vertragsschluss.
  - Vorschusszahlungen in einer abgeschlossenen Angelegenheit (auch wenn der Auftrag noch andere Angelegenheiten umfasst), für die bereits der Vergütungsanspruch fällig geworden ist (BGH v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05).
  - Falsche „Zuordnung“ der Zahlung zur erbrachten Leistung.

## c) Unmittelbarkeit („30 Tage“)

- Austausch von Leistung und Gegenleistung in engem zeitlichem Zusammenhang: Ist das Rechtsgeschäft nach unter Berücksichtigung der konkreten Erfüllungsmöglichkeiten und der üblichen Leistungsgebräuche nach der Verkehrsauffassung noch Bardeckung oder schon Kreditgewährung (BGH v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05 ).
- Höchstgrenze: 30 Tage (für Anwaltshonorare als Regelgrenze anerkannt).
- 30-Tage Frist „wirkt in beide Richtungen“, also sowohl bei nachschüssiger Honorarzahlung als auch bei Vorschusszahlung.
- 30-Tage Frist ist überschritten, wenn
  - zwischen Beginn der Beratung und Erbringung (d.h. Zahlung, nicht Rechnungsstellung!) der Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen => der Berater muss in regelmäßigen Abständen in Höhe des Wertes seiner zuletzt (max. 30 Tage) erbrachten Tätigkeiten abrechnen.
  - wenn der Berater einen Vorschuss geltend macht, der die wertäquivalente Vergütung für die nächsten 30 Tage überschreitet (BGH v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06 ) => der Berater muss in regelmäßigen Abständen Vorschüsse einfordern, die in etwa dem Wert seiner in den nächsten 30 Tagen noch zu erbringenden Tätigkeit entsprechen.

## d) Gleichwertigkeit der Leistungen

- Leistung und Gegenleistung müssen gleichwertig sein; der Leistungsaustausch darf keine Gläubigerbenachteiligung, sondern nur eine Vermögensumschichtung bewirken.
- Schuldner muss durch Leistung des Beraters Aufwendungen erspart haben.
- Leistung des Beraters muss Vermögen des Mandanten tatsächlich mehren; keine taugliche Leistungen sind:
  - reines Leistungsversprechen,
  - Konzeptpapier ohne konkrete Anwendungsmöglichkeit (BGH v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06),
  - Von vorneherein als aussichtslos erscheinende Sanierungsbemühungen (BGH v.6.12.2007 – IX ZR 113/06; BGH v. 26.10.2000 – IX ZR 289/99),
  - Leistungen im Interesse Dritter (z.B. der Geschäftsführer),
  - Tätigkeiten, die auch ohne Berater hätten vorgenommen werden können (eigener Insolvenzantrag nach eingeholtem Rechtsgutachten; zweifelhaft).

## § 142 Abs. 2 InsO (neu)

1. Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in **einem engen zeitlichen Zusammenhang** erfolgt.
2. Gewährt der Schuldner seinem **Arbeitnehmer** Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt.
3. Der Gewährung des Arbeitsentgelts durch den Schuldner steht die Gewährung dieses Arbeitsentgelts **durch einen Dritten nach § 267** des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleich, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter die Leistung bewirkt hat.

## 2. Vorsatzanfechtung

- Einerseits
  - LG Berlin v. 26.6.2014 – 63 O 11/14: Die Inanspruchnahme professioneller Krisenberatung gegen angemessene Vergütung durch den Schuldner darf nicht an § 133 Abs. 1 InsO scheitern.
- Andererseits
  - § 142 InsO: [Ein Bargeschäft] ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind.
  - OLG Frankfurt v. 19.10.2016 – 19 U 102/15 „Q-Cells“: Nicht recht nachvollziehbar ist, warum die Beklagte einwendet, dass das Landgericht den Einwand der bargeschäftsähnlichen Lage nicht geprüft habe. Nach dem Wortlaut des § 142 InsO ist dieser nicht auf § 133 Abs. 1 InsO anwendbar.

# Relevante Indizien

- Indiz für subjektive Voraussetzungen
  - Über Wortlaut von § 133 Abs. 1 S. 2 InsO hinaus ist Kenntnis von drohender Zahlungsunfähigkeit (BGH v. 21.1.2016 – IX ZR 84/13) Indiz
    - auch für Schuldnervorsatz,
    - nicht nur für Gläubigerkenntnis.
  - „Überwindung“ der Zahlungsunfähigkeit nur durch Aufnahme der Zahlungen allgemein (BGH v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13).
- Gegenanzeichen
  - BGH ZIP 2014, 1595 Rn. 29: Der subjektive Tatbestand kann mithin entfallen, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit den potentiell anfechtbaren Rechtshandlungen eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein **Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft** stattfindet.
  - BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 14: Die Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit kann ihre Bedeutung als Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Gläubigers hiervon verlieren, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen **Sanierungsversuchs** ist.

# Einordnung Sanierungsberaterhonorar

- Indiz „Kenntnis von drohender Zahlungsunfähigkeit“ liegt üblicherweise vor.
- Gegenindiz
  - Keine Sonderprivilegierung
  - Gegenindiz Sanierungsversuch
    - zugeschnitten auf Befriedigung von Altgläubigern im Rahmen der Umsetzung einer Sanierung,
    - wird vielfach auf Berater nicht passen, weil Umsetzung bereits begonnen haben muss.
    - Vgl. OLG Frankfurt v. 19.10.2016 – 19 U 102/15 „Q-Cells“.
  - **Bargeschäftsähnliche Lage**
    - passt auf Neugläubiger wie Berater,
    - Grundsätze wie bei § 142 InsO unmittelbar.
    - Übersehen von OLG Frankfurt v. 19.10.2016 – 19 U 102/15 „Q-Cells“.

- **§ 142 Abs. 1 InsO:** Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind **und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.**
- Ferner (kein Fiskusprivileg in § 131 InsO):
  - § 133 Abs. 2 InsO mit Sonderregel für **alle Deckungstatbestände:** Kürzung des Anfechtungszeitraums auf vier Jahre vor Antrag statt zehn Jahre nach § 133 Abs. 1 S. 1 InsO.
  - § 133 Abs. 3 InsO mit Sonderregel für **kongruente Deckungen:**
    - Nach Satz 1 greift Vermutung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO erst ab Kenntnis der **(eingetretenen) Zahlungsunfähigkeit.**
    - Satz 2 vermutet Fehlen dieser Kenntnis bei Gewährung einer **Zahlungserleichterung.**
  - § 143 Abs. 1 InsO: **Verzinsung einer Geldschuld** erst ab Verzug oder Rechtshängigkeit (gilt auch für Altforderungen **ab In-Kraft-Treten**).

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und  
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld  
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

[florian.jacoby@uni-bielefeld.de](mailto:florian.jacoby@uni-bielefeld.de)  
[www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/](http://www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/)